

## ESSAI Durée – Convention collective – Caractère raisonnable – Appréciation.

COUR DE CASSATION (Ch. Soc.) 11 janvier 2012

X contre Société Lezidis (pourvoi n° 10-17.945)

Vu les principes posés par la Convention internationale n° 158 sur le licenciement adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 et la dérogation prévue en son article 2 § 2 b ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X a été engagé à compter du 2 novembre 2006 en qualité de directeur de magasin « Champion » à Lézignan, catégorie cadre niveau 8, par la société Lezidis, suivant contrat de travail à durée indéterminée prévoyant une période d'essai de six mois renouvelable une fois ; que le 30 avril 2007, la période d'essai a été renouvelée suivant lettre de l'employeur signée le jour-même par le salarié ; que l'employeur a notifié au salarié le 22 octobre 2007 la rupture de sa période d'essai ; que contestant la rupture de son contrat de travail, M. X a saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que pour débouter le salarié de sa demande tendant à ce qu'il soit dit que le contrat de travail a été rompu par l'employeur après l'expiration de la période d'essai et que cette rupture produit les effets d'un licenciement, l'arrêt retient que la convention collective nationale du commerce de gros et de détail à prédominance alimentaire, applicable, stipule dans son article 2 de l'annexe III intitulé "cadres" que la durée normale de la période d'essai est fixée à trois mois, sauf accord particulier entre les parties pour une durée différente pouvant atteindre 6 mois, renouvelable une fois après accord entre les parties, que l'article 2 du contrat de travail de M. X prévoit « une période d'essai de six mois renouvelable une fois d'un commun accord » et par la suite reprend mot pour mot les termes de la convention collective sur la faculté de se séparer et le délai de prévenance ; que la durée de la période d'essai fixée dans le contrat de travail de six mois renouvelable est strictement conforme aux dispositions conventionnelles applicables ; que cette durée n'est pas excessive eu égard non seulement à la qualification professionnelle du salarié mais également à la finalité de la période d'essai qui est de permettre l'évaluation de ses compétences, de sa capacité à diriger, à prendre en main la gestion d'un magasin dans son ensemble et à "manager" l'ensemble du personnel ;

Qu'en statuant ainsi alors qu'est déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, atteint un an, la Cour d'appel a violé la convention internationale susvisée ;

PAR CES MOTIFS :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il déboute M. X de sa demande tendant à ce qu'il soit dit que le

contrat de travail a été rompu par l'employeur après l'expiration de la période d'essai et que cette rupture produit les effets d'un licenciement, l'arrêt rendu le 24 mars 2010, entre les parties, par la Cour d'appel de Montpellier ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence.

(M. Lacabarats, prés. - M. Ludet, rapp. - M. Foerst, av. gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Lyon-Caen et Thiriez, av.)

### Note.

Si la période d'essai vise légitimement « à permettre à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail (...) et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent » (1), elle représente aussi une période de grande vulnérabilité car elle offre à l'employeur la possibilité de rompre le contrat de travail en s'exonérant des règles relatives au licenciement (1 bis). Le présent arrêt (PBR) de la Cour de cassation vient nourrir une jurisprudence déjà consciente de cette vulnérabilité (2).

Pour rappel, le salarié a été engagé en qualité de directeur de magasin, catégorie cadre, niveau 8, suivant contrat de travail à durée indéterminée à compter du 2 novembre 2006. Le dit contrat prévoyait une période d'essai de six mois renouvelable une fois. Le 30 avril 2007, l'employeur renouvelle la période d'essai et le 22 octobre 2007, juste avant la fin de la période renouvelée, notifie au salarié la rupture de la période d'essai et de son contrat de travail. Le salarié saisit la juridiction compétente au motif que la rupture du contrat de travail est intervenue après expiration de la période d'essai. Pour débouter le salarié, la Cour d'appel avait fondé sa décision sur les dispositions de la convention collective applicable et le contrat de travail qui autorisaient une période d'essai pouvant atteindre douze mois pour les cadres. Le 11 janvier 2012, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier (ci-dessus).

(1) L. 1221-20 du CT.

(1 bis) J.-Y. Frouin "Les éléments de précarité dans le CDI", Dr. Ouv. 1997 p. 125.

(2) Soc. 4 Juin 2009, Dr. Ouv. 2009 p. 607, n. N. Bizot.

La Cour de cassation fonde sa décision sur une source de droit international, respectant ainsi scrupuleusement la hiérarchie des normes. Elle invoque la convention OIT n° 158 sur le licenciement et, plus précisément, l'article 2, § 2b qui dispose que « *Un membre pourra exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines dispositions de la présente Convention [relative au licenciement] les catégories suivantes de travailleurs salariés : ... Les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable* ». En d'autres termes, les salariés en période d'essai ne disposent pas d'une protection identique à celle des autres salariés en matière de licenciements, à la condition toutefois que la période d'essai soit d'une durée raisonnable. Cette non-protection est donc subordonnée à l'obligation pour l'employeur de respecter une durée raisonnable de la période d'essai, entendue comme comprenant la période initiale et la période de renouvellement. C'est cette durée totale dont le juge doit apprécier le caractère raisonnable. Il doit donc écarter les durées excessives ou déraisonnables, même celles qui sont fixées par des conventions collectives antérieures à la loi du 25 juin 2008 qui les a pourtant validées (3). Les durées supérieures aux maxima légaux rappelés ci-dessous et les durées légales elles-mêmes peuvent être écartées au regard de la primauté imposée par la Convention n° 158 de l'OIT précitée (4). On prendra soin de relever que la Chambre sociale de la Cour de cassation, depuis la décision rapportée ci-dessus, a repris le même visa et jugé qu'une période d'essai de six mois pour une assistante commerciale était également d'une durée excessive (5).

Avant la loi du 25 juin 2008 portant sur la modernisation du marché du travail, la période d'essai relevait de la négociation entre partenaires sociaux, voire entre les parties. Ce qui expliquait la disparité de durée selon les conventions collectives applicables et les contrats de travail. La jurisprudence, consciente de la vulnérabilité générée durant cette période spécifique du contrat de travail, est venue affiner ce cadre en mettant en place une protection du salarié. Ainsi, une période d'essai ne pouvait pas dépasser le délai conventionnel. Son renouvellement devait être expressément prévu par la convention collective et, en cas de disposition conventionnelle de renouvellement, le salarié devait donner son accord exprès, traduisant une manifestation claire et non équivoque.

Les articles du Code du travail issus de la loi du 25 juin 2008 et de l'ANI sur la modernisation du marché du travail du 11 janvier 2008 fixent dorénavant sans

ambiguïté la durée maximale de la période d'essai. Ils disposent respectivement que :

- art. L. 1221-19 : « *Le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est : 1° Pour les ouvriers et les employés, de deux mois ; 2° Pour les agents de maîtrise et les techniciens, de trois mois ; 3° Pour les cadres, de quatre mois* » ;

- art. L. 1221-21 : « *La période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement* » et « *La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser : 1° Quatre mois pour les ouvriers et employés ; 2° Six mois pour les agents de maîtrise et techniciens ; 3° Huit mois pour les cadres* ».

C'est maintenant aussi le Code du travail qui précise que la période d'essai et son éventuel renouvellement ne se présument pas et doivent être expressément stipulés dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail (6).

Toutefois, si la jurisprudence puis le Code du travail, ont imposé une protection du salarié durant cette période spécifique que constitue la période d'essai, les actuelles tentatives de renverser la hiérarchie stricte des normes doivent nous tenir en alerte. En effet, la loi *Fillon* de 2004 a remis en cause la hiérarchie des normes en autorisant la signature d'accords dérogatoires à des accords supérieurs, excepté dans des domaines réservés comme le montant des salaires minimum. Aujourd'hui, les syndicats employeurs œuvrent à travers les futurs « *accords compétitivité - emploi* », souhaités par le précédent Président de la République afin de pouvoir négocier à la baisse au sein de l'entreprise toutes les dispositions qui entravent le patronat, tels que la durée du travail, les conditions de travail ou encore les éléments de rémunérations... Gageons que la période d'essai n'échappera pas à cette volonté .

Or, laisser aux parties le soin de négocier seules cette période de vulnérabilité pour le salarié, c'est exposer ce dernier à coup sûr à de multiples abus. Une négociation digne de ce nom suppose, à tout le moins, que les parties soient dans un rapport de force équilibré. Or, les relations salarié/employeur sont caractérisées par le lien de subordination qui assujettit le salarié à l'employeur, déséquilibrant ainsi le rapport de force nécessaire à toute bonne négociation. Ce déséquilibre intrinsèque est renforcé par le contexte actuel du travail, caractérisé par la pénurie d'emplois.

La période d'essai, en constituant une période exonérée de toutes les règles liées au licenciement, constitue une période de grande vulnérabilité pour le salarié. Plus elle

(3) L. 1221-22 du CT ; E. Suire "La période d'essai depuis la loi du 25 juin 2008", RPDS août p. 239.

(4) J.-Y. Frouin « La période d'essai après la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 », RJS 2010 p. 419, et notamment p. 422 2<sup>e</sup> colonne.

(5) Soc. 10 mai 2012, Bull., n° 10-28.512.

(6) L. 1221-23 du CT.

s'allonge, plus elle fragilise le salarié. Aussi restons vigilants sur cette question au risque de voir revenir le CNE (7) ou un de ses avatars, ou encore de voir des CDI avec une longue période d'essai qui n'auront d'autre objectif que d'éviter de recourir à des CDD, dont la précarité se monnaie.

Rappelons toutefois que les ruptures de contrats en cours de période d'essai n'échappent pas au contrôle du juge et particulièrement de la formation de référé qui peut être saisie efficacement, notamment quand les motifs réels de ces ruptures relèvent de discriminations directes ou indirectes (8).

**Leïla Bod**, *Conseillère prudhomme*

(7) CNE (contrat nouvelle embauche). Créé par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, le CNE permettait aux entreprises de se séparer des salariés ainsi engagés sans avoir à respecter les règles de licenciement pendant les deux premières années. En

d'autres termes, le CNE constituait une période d'essai de deux années.

(8) Pour une illustration : C.A. Rouen 7 juin 2011, CPH Paris 13 juillet 2011, Dr. Ouv. 2012 p. 366, n. N. Bizot.